

Sygn. akt: KIO/UZP 166/08,

KIO/UZP 172/08

WYROK

z dnia 10 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2008r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **3 marca 2008r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Górnicze Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Piaśt” Spółka Akcyjna w Bieruniu, 43-155 Bieruń, ul. Granitowa 16,

B. Konsorcjum: Market Jumbo Sp. z o.o., Firma Handlowa Violetta Violetta Habczyk 43-155 Bieruń, ul. Węglowa 14

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestów:

A Górnice Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Piast” Spółka Akcyjna w Bieruniu, 43-155 Bieruń, ul. Granitowa 16z dnia 8 lutego 2008r.

B Konsorcjum: Market Jumbo Sp. z o.o., Firma Handlowa Violetta Violetta Habczyk 43-155 Bieruń, ul. Węglowa 14 z dnia 12 lutego 2008r.

przy udziale **„SPOŁEM” Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach, 32-620 Brzeszcze, ul. Lipowa 29** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu Nr 1 i 3, nakazuje Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia ofert w zadaniu Nr 1 i 3 oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zadaniu Nr 3 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w zadaniach Nr 1 i 3.

2. Kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Górnice Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Piast” Spółka Akcyjna w Bieruniu, 43-155 Bieruń, ul. Granitowa 16,**

- B** koszty w wysokości 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Market Jumbo Sp. z o.o., Firma Handlowa Violetta Violetta Habczyk 43-155 Bieruń, ul. Węglowa 14,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Górniczego Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „Piast” Spółka Akcyjna w Bieruniu, 43-155 Bieruń, ul. Granitowa 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- B** kwoty 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Konsorcjum: Market Jumbo Sp. z o.o., Firma Handlowa Violetta Violetta Habczyk 43-155 Bieruń, ul. Węglowa 14** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 0 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Górniczego**

Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „Piast” Spółka Akcyjna w Bieruniu, 43-155 Bieruń, ul. Granitowa 16

- B** kwoty 17 968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Market Jumbo Sp. z o.o., Firma Handlowa Violetta Violetta Habczyk 43-155 Bieruń, ul. Węglowa 14.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Realizację bonów na posiłki profilaktyczne dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Brzeszcze-Silesia”*”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego za numerem 3372127/01, Wykonawcy:

1) Górnictwo Usługowo-Handlowe „**PIAST**” S.A. w Bieruniu oraz

2) Konsorcjum firm: „MARKET JUMBO” Sp. z o.o. oraz Firmy Handlowej „VIOLETTA” Violetta Habczyk

wnieśli protest, a następnie odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienia sektorowe ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 30 października 2007 r. za numerem: 2007 / S 209 – 254242.

Protest Nr 1.

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. pismem z dnia 6 lutego 2008 roku poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniach Nr 1 i 2, unieważnieniu postępowania w zakresie zadania Nr 3 oraz o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Pismem z dnia 8 lutego 2008 roku doręczonym Zamawiającemu w dniu 11 lutego 2008 roku GPUH „PIAST” wniósł protest przeciw decyzji Komisji Przetargowej udzielającej zamówienia publicznego w zakresie zadania Nr 1 Wykonawcy - „Społem” Powszechna Spółdzielnia Spożywców „**Górnik**”

w Brzeszczach oraz na decyzję Zamawiającego z dnia 6 lutego 2008 roku o odrzuceniu oferty Protestującego.

Protestujący - GPUH „PIAST” żąda unieważnienia decyzji Komisji Przetargowej i przeprowadzenia ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem podniesionych, w treści uzasadnienia protestu – uwag.

Protestujący - GPUH „PIAST” zarzuca Zamawiającemu, że podane uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty w żadnym razie nie może zostać uznane za uzasadnione, gdyż zaoferowana przez Protestującego - GPUH „PIAST” cena jest ceną wyrażoną w pieniądzu, nie wynikową, a więc w tym zakresie wiąże stronę ją składającą. Ani z przepisów prawa (ustawy Prawo zamówień publicznych) ani też z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zdaniem Protestującego GPUH „PIAST” – nie wynikało aby kryterium oceny oferty dotyczyło procentowej wysokości udzielonego rabatu, więc omyłka rachunkowa w tej pozycji powinna pozostać bez wpływu na ocenę oferty. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązkiem Wykonawcy było nie ustalenie rabatu lecz podanie ceny, więc błąd co do rabatu w żadnym razie nie uzasadnia odrzucenia oferty. Odnośnie odrzucenia oferty Protestującego GPUH „PIAST” ze względu na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Protestujący GPUH „PIAST” wskazuje, że to Zamawiający modyfikując formularz ofertowy dla zadania 1 kolumna 2 pismem z dnia 19 grudnia 2007 roku znak: DE/EZ/PP/4750/2007, poza stosowną informacją nie wprowadził w formularzu żadnych modyfikacji. Chcąc wymagać zmiany formularza w zakresie jego treści Zamawiający winien – zdaniem Protestującego GPUH „PIAST” – nowy załącznik umieścić w Internecie lub rozesłać do Wykonawców nowy druk, w innym przypadku zarzut stawiany Protestującemu GPUH „PIAST” musi być uznany za bezzasadny.

Pismem z dnia 13 lutego 2008 roku Wykonawca - „Społem” Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 20 lutego 2008 roku Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, uznając go jako bezzasadny. W uzasadnieniu wskazał, że oferta Protestującego GPUH „PIAST” podlega odrzuceniu na

podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6, gdyż zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 lub błędy w obliczeniu ceny. W kolumnie Nr 4 wpisał błędną liczbę, nie odpowiadającą wysokości rabatu określonego w kolumnie Nr 5. Zdaniem Zamawiającego protest w swej treści w znacznej części odnosi się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wyklucza uwzględnienie tych zarzutów. Odnosząc się do drugiego z zarzutów Protestującego GPUH „PIAST”, Zamawiający stwierdził, że zgodnie z brzmieniem art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną w ten sposób modyfikację (jej treść) Zamawiający umieścił na stronie internetowej w dniu 20 listopada 2007 roku (pismo znak: DE/EZ/PP/4750/2007), gdyż do tego dnia nie znał Wykonawców biorących udział w postępowaniu, toteż nie mógł ich powiadomić inną drogą niż Internet.

Od rozstrzygnięcia protestu, dnia 25 lutego 2008 r. Protestujący Wykonawca - Górnicze Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „PIAST” S.A. w Bieruniu, wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżając rozstrzygnięcie protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, art. 88, art. 89 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protest Nr 2.

Pismem z dnia 12 lutego 2008 roku Odwołujący – Konsorcjum „Market Jumbo” wniosło protest na ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania Nr 1 oraz na odrzucenie oferty Konsorcjum „Market Jumbo” w zakresie zadań Nr 1 i 3, a także unieważnienie postępowania w zadaniu Nr 3. Protestujący - Konsorcjum „Market Jumbo” stwierdza, że posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, jako że jeśli oprotestowane czynności okażą się bezprawne, to protestujący pozbawiony został możliwości uznania jego oferty w zadaniu Nr 1 i 3 za najkorzystniejszą, a związku z tym bezprawnie został pozbawiony prawa do realizacji zamówienia w zakresie wskazanych zadań opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zadaniu Nr 1 wybrano bowiem ofertę „SPOŁEM” PSS „Górnik” w Brzeszczach, to jest najdroższą z trzech ofert złożonych

w przetargu. Wprawdzie Protestujący - Konsorcjum „Market Jumbo” złożył drugą cenowo ofertę lecz oferta najtańsza GPUH „PIAST” S.A. w Bieruniu dotknięta jest nieusuwalnymi wadami (błędne obliczenia ceny, złożenia nieprawidłowej opinii bankowej, czy nieprawidłowego potwierdzenia wniesienia wadium), zatem to oferta Protestującego - Konsorcjum „Market Jumbo” jest najkorzystniejszą ofertą w zadaniu Nr 1. W zadaniu Nr 3 oferta Protestującego-Konsorcjum „Market Jumbo” jest najtańszą i najkorzystniejszą ofertą.

Zdaniem Protestującego-Konsorcjum „Market Jumbo” – postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Protestujący - Konsorcjum „Market Jumbo” wnosi:

1. Odnośnie zadania Nr 1 o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty „SPOŁEM” PSS „Górnik” w Brzeszczach, ul. Lipowa 29, 32-620 Brzeszcze;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego-Konsorcjum „Market Jumbo”;
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w przedmiotowym zadaniu i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Odnośnie zadania Nr 3 o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego-Konsorcjum „Market Jumbo”;
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w tym zadaniu;
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w przedmiotowym zadaniu i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protestujący-Konsorcjum „Market Jumbo” wskazuje, że z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika jednoznacznie, iż Zamawiający nie sprecyzował sposobu, w jaki Wykonawca ma obliczyć rabat procentowy, zobowiązując tylko Wykonawcę do jego podania do jednego miejsca po przecinku. Jednocześnie wskazuje, że obowiązujące przepisy prawa nie regulują sposobów udzielania ani liczenia rabatów. W sytuacji kiedy Zamawiający nie określił szczegółowych zasad wyliczenia ceny oferty,

nie może on kwestionować sposobu jej obliczenia przyjętego przez Wykonawcę, w sytuacji, gdy tenże Wykonawca ściśle zastosował się do zakreślonych przez Zamawiającego parametrów ceny w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rozbieżność w rabacie, która może wystąpić nie jest – zdaniem Protestującego Konsorcjum „Market Jumbo” – ani błędem Wykonawcy w obliczeniu ani omyłką rachunkową tegoż Wykonawcy w rozumieniu art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozbieżność ta jest wyłączną konsekwencją ustalonych przez Zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które nakazują określić rabat do jednego miejsca po przecinku dopuściły zaistnienie powyższej rozbieżności.

Pismem z dnia 14 lutego 2008 roku Wykonawca - „Społem” Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 20 lutego 2008 roku Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, uznając go jako bezzasadny. W uzasadnieniu wskazał, że oferta Protestującego-Konsorcjum „Market Jumbo” podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych lub błędy w obliczeniu ceny. Protestujący Konsorcjum „Market Jumbo” w swoim proteście, przedstawia Zamawiającemu metodę jak obliczał rabat procentowy. Tymczasem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie użył w żadnym zdaniu słów „obliczyć rabat”. Zdaniem Zamawiającego protest w swej treści w znacznej części odnosi się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wyklucza uwzględnienie tych zarzutów.

Od rozstrzygnięcia protestu, dnia 26 lutego 2008 r. Protestujący Wykonawca - Konsorcjum firm: „MARKET JUMBO” Sp. z o.o. oraz Firmy Handlowej „VIOLETTA” Wioletta Habczyk, wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżając rozstrzygnięcie protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6,

art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednocześnie wnosząc jak w proteście.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie protestów i odwołań wniesionych przez GPHU „PIAST” oraz Konsorcjum „Jumbo Market” dotyczących odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dział XXI – Kryteria oceny ofert określił, że jedynym kryterium, którym będzie się kierował w celu wybrania oferty najkorzystniejszej będzie cena. Wskazał również, poprzez przedstawienie wzoru matematycznego, w jaki sposób będą oceniane oferty, aby ustalić ich wartość punktową i miejsce w rankingu. Opisał, że wygrywającym przetarg będzie Wykonawca, którego oferta otrzyma najwyższą ocenę punktową OLP. Odnośnie ceny oferty, Zamawiający umieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dziale XVII następujące zapisy: pkt 13) cena oferty musi być określona w PLN, podana w formularzu ofertowym jako cena brutto – zgodnie z załącznikiem Nr 2, oraz w pkt 14) cena oferty musi uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią formularza ofertowego – stanowiącego załącznik Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający oczekiwał, że Wykonawca złoży ofertę z ceną zawierającą rabat oraz, że cena oferty musi odnosić się do ustalonej wartości zamówienia podanej w tabeli, a wysokość rabatu, określonego przez Wykonawcę podać należy w procentach [%] do jednego miejsca po przecinku.

Brzmienie treści zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie budziło wątpliwości, gdyż w zakresie jej treści nie wpłynęły żadne zapytania ani protesty. Wykonawcy zrozumieli intencje Zamawiającego, czego efektem było złożenie ofert. Odwołujący również takowych wątpliwości nie mieli, stosując się do instrukcji specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożyli swoje oferty, które ich zdaniem spełniają wszystkie wymagania

Zamawiającego. Zamawiający decyzją swoją, którą odrzucił oferty Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zdaniem Izby naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż swoim działaniem nie zapewnił równego traktowania Wykonawców.

Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa Zespołów Arbitrów i Sądów Okręgowych wszelkie nieścisłości w sformułowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny obciążać wykonawców. Postępowanie Zamawiającego polegające na prawidłowej, według Niego interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia na etapie oceny ofert doprowadziło do odrzucenia ofert Odwołujących, co w myśl obowiązujących przepisów nie może się ostać. Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podał, iż Odwołujący w kolumnie Nr 4 wpisali błędną liczbę, nie odpowiadającą wysokości rabatu określonego w kolumnie Nr 5. Stwierdzić należy, że jeżeli przyjąć sposób obliczania wartości oferty poprzez zastosowanie metody przyjętej przez Zamawiającego, tj. wartość zamówienia brutto pomniejszona o wysokość procentową rabatu będzie stanowiło cenę oferty, to faktycznie wartość oferty przedstawiona przez Odwołujących w ofercie do wartości obliczonej metodą Zamawiającego będzie różna. Jednakże, Odwołujący poinformowali Zamawiającego, że zastosował inną metodę obliczania wartości oferty, gdyż od wartości zamówienia brutto (określonej przez Zamawiającego) udzielili rabatu kwotowego, który następnie przeliczyli na rabat procentowy i zaokrąglili (zgodnie z dyspozycją) Zamawiającego do jednego miejsca po przecinku. Zdaniem Izby sposób wyliczenia ceny oferty i procentu udzielonego rabatu przedstawiony zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołujących jest prawidłowy. Brak w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowej instrukcji dotyczącej przeliczenia ceny oferty i związanego z tym podania procentu udzielonego rabatu nie może negatywnie wpływać na przebieg postępowania, a w konsekwencji skutkować bezprawnym, zdaniem Izby odrzuceniem ofert.

Skoro więc zarówno sposób obliczenia ceny oferty jak i też związany z tym sposób obliczenia i podania wysokości rabatu można było rozumieć dowolnie, to Odwołujący zastosowali się do instrukcji zawartej w specyfikacji

istotnych warunków zamówienia z sposób prawidłowy, a co za tym idzie Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone przepisem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do odrzucenia ofert GPUH „PIAST” i Konsorcjum „Market Jumbo”.

Odnosnie odrzucenia oferty Odwołującego GPUH „PIAST” ze względu na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2** ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający modyfikując formularz ofertowy dla zadania 1 kolumna 2 pismem z dnia 19 grudnia 2007 roku znak: DE/EZ/PP/4750/2007 dopełnił obowiązku wynikającego z przepisów ustawy, umieszczając stosowną informację na swojej stronie internetowej. Odwołujący, powziawszy taką informację winien wprowadzić stosowne zmiany do formularza, który już posiadał. Jeżeli miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące sposobu wprowadzenia tych zmian, to zgodnie z brzmieniem przepisu art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mógł zwrócić się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie powstałych wątpliwości. Skoro więc Odwołujący Zamawiającego nie zapytał to należy wysnuć wniosek, iż wszystkie zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia były dla Niego jasne. Zarzuty Odwołującego, że Zamawiający w konsekwencji wprowadzonych zmian winien opracować nowy załącznik i powinien umieścić go w Internecie lub rozesłać do Wykonawców uznać należy za chybiony, gdyż to Zamawiający decyduje jaki sposób wprowadzania zmian jest obowiązujący, tzn. czy modyfikacja będzie miała charakter pisma czy też opracowany będzie nowy wzór formularza. Zamawiający wybrał formę pisma i jest to forma jak najbardziej prawidłowa. Zgodnie bowiem z brzmieniem przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonaną modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim Wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie – co też Zamawiający uczynił.

Odnosząc się do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzić należy, że treść oferty to jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez Wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie Wykonawcy ma odpowiadać opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia potrzebom Zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący GPHU „PIAST” zaproponował realizację całego opisanego pierwotnie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Zatem twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący zaproponował realizację innego przedmiotu zamówienia niż opisany przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może się ostać.

Okoliczność, że Odwołujący w swojej ofercie zaproponował zrealizowanie bonów na posiłki profilaktyczne poprzez wydawanie gorących posiłków oraz sprzedaż artykułów spożywczych na Ruchu Brzeszcze a nie na realizację bonów na posiłki profilaktyczne poprzez sprzedaż artykułów spożywczych na Ruchu Brzeszcze nie ma wpływu na powyższą ocenę. Oferta Odwołującego nie narusza postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia gdyż została sporządzona na wzorach formularzy opracowanych przez Zamawiającego. Oferta uwzględnia również cały zakres zamówienia.

Zdaniem Izby, o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości. Również brak dokonania zmian w formularzu ofertowym przez Odwołującego w ten sposób, aby odpowiadał on przedmiotowi zamówienia w zakresie zmian dokonanych przez Zamawiającego nie skutkuje niezgodnością treści złożonej przez niego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pogląd ten znajduje oparcie nie tylko w brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ale też w treści dokumentacji postępowania.

W związku z powyższym, iż oferta Odwołującego zabezpiecza cały zakres zamówienia nie można mówić w tym przypadku o jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego też Izba stwierdziła, iż odrzucenie oferty Odwołującego uznać należy za niezgodne z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego potwierdzenia wniesienia wadium przez **Konsorcjum „Market Jumbo”**, Izba stwierdziła, że zarzut taki podniesiony został dopiero na rozprawie przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a w myśl obowiązujących przepisów zgodnie z art. 181 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Zarzutami podniesionymi przez Odwołującego Konsorcjum „Market Jumbo” były zarzuty odnośnie odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach Nr 1 i 3. Do postępowania odwoławczego Przystępujący przystępuje wskazując swój interes prawny i stronę, do której przystępuje.

Skoro Przystępujący przystąpił po stronie Zamawiającego, a Zamawiający zarzutu dotyczącego nieprawidłowego potwierdzenia wniesienia wadium przez Konsorcjum „Market Jumbo” nie podniósł oraz Odwołujący GPUH „PIAST” takiego zarzutu względem Konsorcjum „Market Jumbo” nie podniósł Izba postanowiła pozostawić wniosek bez rozpoznania.

Oдноśnie zarzutu podniesionego przez Konsorcjum „Market Jumbo” dotyczącego złożenia nieprawidłowej opinii bankowej w ofercie formy GPUH „PIAST” Izba stwierdziła, że zarzut jest chybiony. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dział XIII pkt 1 Wykonawca w celu potwierdzenia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, Zamawiający żądał dołączenia do oferty oryginału lub kopii poświadczonych przez Wykonawcę informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość

posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy. GPUH „PIAST” do oferty załączył Opinię Bankową wystawioną przez ING Bank Śląski z dnia 07.12.2007 r. znak: 856/386/KS, która swoją treścią potwierdzała wysokość posiadanych środków finansowych – średnio z ostatnich 3 miesięcy – kwotą siedmiocyfrową. Wobec powyższego Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut dotyczący nieprawidłowego wniesienia wadium przez GPUH „PIAST” w zadaniu Nr 1 uznać należy za bezzasadny, gdyż Wykonawca złożył do oferty Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium wystawioną przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie Nr F07171587 z dnia 06.12.2007 r. na kwotę 130 000,00 zł. Wobec czego oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium.

Wobec powyższego, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz paragrafu 4 ust. 1 pkt 2 b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*